

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

HERO 2022 / B-031, Thom Broer, e-ISSN 2667-307X, M.A.D. Lex, [vast-online](#)

Wetsvoorstel: financiële zekerheidsovereenkomsten uitgezonderd van de WHOA

16 mei 2022

Blog

Al veelvuldig is bij HERO geschreven over de WHOA. Al meer dan een jaar volgen herstructureringsspecialisten de ontwikkelingen op het gebied van de WHOA en worden er veel blogs en artikelen gepubliceerd. Eén van de ontwikkelingen die nagenoeg onbesproken is gebleven, betreft het op 21 februari 2022 ingediende [wetsvoorstel](#) tot implementatie van de [herstructureringsrichtlijn](#). Onderdeel hiervan is dat financiële zekerheidsovereenkomsten (hierna: “FZO’s”) worden uitgezonderd van de toepassing van de WHOA. In deze blog ga ik dieper in op FZO’s en wat het wetsvoorstel betekent voor de herstructureringspraktijk.

Het huidig recht

De wetgeving betreffende FZO’s is opgenomen Titel 2 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en behelst slechts vijf wetsartikelen. Via een schakelbepaling in artikel 376 lid 8 Fw zijn goederen die uit hoofde van een FZO zijn verpand uitgezonderd van de werking van een afkoelingsperiode gedurende de voorbereiding van een WHOA-akkoord. Verder is er ook geen beperkende wetgeving ten aanzien van FZO’s. Strikt genomen betekent dit dat een schuldenaar via de WHOA een voorstel kan doen tot wijziging of beëindiging van de FZO. Dit is echter in strijd met de herstructureringsrichtlijn, aangezien daarin expliciet is opgenomen dat FZO’s niet kunnen worden aangetast middels preventieve herstructureringsmogelijkheden (lees: de WHOA). Dit omdat de Europese wetgever veel waarde hecht aan de stabiliteit van de financiële markten, hetgeen wordt bevorderd door FZO’s. Onderdeel van het wetsvoorstel is daarom om artikel 369 Fw (betreffende de reikwijdte van de WHOA) aan te vullen met de strekking dat de WHOA niet van toepassing is op FZO’s. Hiermee worden FZO’s dus uitgezonderd van de WHOA, waardoor ook de overeenkomst niet meer kan worden gewijzigd of beëindigd.

Financiële zekerheidsovereenkomsten

Zoals gezegd worden FZO’s gereguleerd in Titel 2 van boek 7 BW. Deze wetgeving betreft een implementatie van de [richtlijn betreffende Financiële zekerheidsovereenkomsten](#). Het doel van deze richtlijn was om de liquiditeit van de financiële markten te bevorderen, middels de introductie van een eenvoudig en uniform zekerheidsinstrument in de Europese Unie.

Niet iedereen kan echter gebruik maken van een FZO. Dit is uitsluitend mogelijk voor de in artikel 7:52 BW genoemde partijen, zoals overheidsinstanties, centrale banken en financiële

ondernemingen. Deze partijen kunnen in beginsel gebruik maken van twee vormen van zekerheid via een FZO, te weten: (1) overdracht van een goed als waarborg voor een verplichting of (2) vestiging van een pandrecht. In beide gevallen geldt dat de zekerheidsnemer een bepaalde controle moet hebben over het in zekerheid gegeven goed, waardoor de zekerheidsgever wordt belet daarover te beschikken. Zo kan bij overdracht van een goed dus geen gebruik worden gemaakt van een stille cessie en het vestigen van een pandrecht kan niet middels een bezitloze of stille verpanding. Ten aanzien van de overdracht van een goed op basis van een FZO betekent dit in principe dat sprake is van fiduciair eigendom, hetgeen in strijd is met artikel 3:84 lid 3 BW. De wetgever heeft dit opgevangen door in artikel 7:55 BW te bepalen dat een dergelijke overdracht niet kwalificeert als fiduciaire overdracht en dat artikel 3:84 lid 3 BW dus toepassing mist.

Ook wat betreft het nemen van verhaal bij een pandrecht heeft een FZO voordelen ten aanzien van een normaal pandrecht. In beginsel hoeft enkel sprake te zijn van een 'executiegrond', waarna de zekerheidsnemer direct over kan gaan tot uitoefening van zijn bevoegdheid. Dit betekent dat de zekerheidsnemer direct zijn bevoegdheid kan uitoefenen, zonder kennisgeving vooraf, rechtelijke toetsing óf een verzuimperiode. Bij een FZO tot vestiging van een pandrecht kunnen partijen tevens overeenkomen dat de zekerheidsnemer de verpande goederen (beperkt tot geld of effecten) kan gebruiken of verkopen en de opbrengst behouden. Maakt de zekerheidsnemer hier gebruik van, dan ontstaat van rechtswege de verplichting voor de zekerheidsnemer tot overdracht van gelijkwaardige goederen dan wel tot vergoeding van de waarde daarvan aan de zekerheidsgever.

Daarnaast geldt een afwijkend regime voor FZO's ten aanzien van de 00:00 uur-regel bij faillissementen. Uit artikel 23 Fw volgt dat de schuldenaar vanaf 00:00 uur op de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken niet langer beheers- en beschikkingsbevoegd is ten aanzien van zijn vermogen. In aanvulling daarop volgt uit artikel 35 Fw dat levering niet meer mogelijk is, indien niet alle handelingen voor levering hebben plaatsgevonden op de dag van de faillietverklaring. Artikel 63e Fw wijkt hiervan af ten aanzien van FZO's, door te bepalen dat de rechtsgevolgen van het faillissement pas intreden op het tijdstip van de faillietverklaring (tot op de minuut). Tot dat exacte moment kan een FZO dus nog rechtsgeldig tot stand komen. Sterker nog, een FZO kan na datum faillissement rechtsgeldig tot stand komen, mits dit gebeurt op datum faillissement én de wederpartij te goeder trouw is.

Conclusie en praktijk

Het wetsvoorstel van de minister is dus een implementatie van de herstructureringsrichtlijn. Wordt het wetsvoorstel in zijn huidige vorm aangenomen, dan zijn FZO's uitgezonderd van de WHOA. Dit heeft enkel gevolgen voor goederen die uit hoofde van een FZO zijn verpand. De schuldenaar kan (indien de FZO gescheiden is van financieringsovereenkomst) wel de vordering van de schuldeiser betrekken in een WHOA-akkoord, maar loopt dan wel het risico dat de schuldeiser overgaat tot uitwinnen van het pandrecht.

In de praktijk zal dit volgens mij niet voor veel problemen zorgen. De partijen (overheden, centrale banken en financiële ondernemingen) die FZO's gebruiken zullen over het algemeen niet snel gebruik maken van de WHOA. Daarbij merk ik op dat ten aanzien van bijvoorbeeld verpand giraal geld, de schuldenaar al werd belet hierover te beschikken. Hij kon dat geld dus sowieso niet gebruiken ter voorbereiding van een WHOA-akkoord. Alles overziend zullen de gevolgen van het wetsvoorstel voor de herstructureringspraktijk beperkt zijn.